

平成30年（ワ）第3194号 安保法制法違憲国家賠償請求事件

原告 植村和子，下澤悦夫，寺田誠知 外140名

被告 国

平成30年（ワ）第3796号 安保法制法違憲国家賠償請求事件

原告 秋田正美 外77名

被告 国

原告ら準備書面（6） （立法不法行為と違憲判断の枠組み）

2019年6月 日

名古屋地方裁判所 民事第4部合議係御中

原告ら訴訟代理人弁護士	大	脇	雅	子	
同	青	山	邦	夫	
同	内	河	恵	一	
同	松	本	篤	周	
同	平	松	清	志	
同	長	谷	川	知	正
					外34名

目次

第1 新安保法制法の制定行為の違法性.....	3
1 昭和60年判決及び平成17年判決による判断枠組み.....	3
(1) 総論・昭和60年在宅投票制度廃止違憲訴訟上告審判決.....	3
(2) 平成17年在外邦人選挙権制限違憲訴訟上告審判決の論理.....	4
(3) 平成17年判決と昭和60年判決との関係について.....	5
(4) ハンセン病訴訟熊本地裁判決の考慮要素について.....	6
(5) 本件は国家賠償が認められるべき例外的な場合であること.....	7
(6) 立法不作為と立法行為（作為）の違法性の評価基準の違い.....	8
2 人権規範以外の憲法規範に違反する立法の制定行為の違法性.....	10
(1) 平成17年判決の射程.....	10
(2) 立法行為の違法性を判断する枠組み.....	13
(3) 平成27年判決の判断枠組み.....	13
(4) 新安保法制法制定の場合.....	15
3 改めて昭和60年判決の判断枠組みの意味.....	15
(1) 職務行為基準説の意味.....	15
(2) 新安保法制法の場合.....	18
4 憲法適合性の判断順序について.....	20
(1) 法規の憲法適合性を先に判断すべきこと.....	20
(2) 平成27年夫婦同姓規定合憲判決.....	20
(3) 平成27年再婚禁止期間違憲判決.....	22
(4) 原告の損害との関係.....	23
(5) 裁判所の職責.....	24

第 1 新安保法制法の制定行為の違法性

1 昭和 60 年判決及び平成 17 年判決による判断枠組み

(1) 総論・昭和 60 年在宅投票制度廃止違憲訴訟上告審判決

本件訴訟においては、原告は、国会の新安保法制法の制定行為が国家賠償法上の公権力の行使として違法であることを主張している。この点に関し、一般論として、国会議員の立法行為によって、国が個別の国民に対して国家賠償法 1 条 1 項の賠償責任を負うかどうかは、当該立法内容が憲法に違反するかどうかとは区別すべき問題であるとされている。

かつて、在宅投票制度を廃止しこれを復活しなかった立法行為の違法性の有無が問題となった訴訟の上告審判決（以下、「昭和 60 年判決」という。）において、最高裁は、以下の通り判示した。

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」（最高裁昭和 60 年 11 月 21 日第一小法廷判決・民集 39 卷 7 号 1512 頁）（下線は引用者による。以下同じ。）

この判決においても、立法の内容が違憲であるときに当該立法行為が国家賠償法上違法と評価される余地があると認めている。問題は、どのような場合に国家賠償法上、違法の評価を受けるかである。

(2) 平成17年在外邦人選挙権制限違憲訴訟上告審判決の論理

その後、最高裁は、いわゆる在外邦人選挙権制限違憲訴訟上告審判決（以下、「平成17年判決」という。）において、上記昭和60年判決を維持しつつも、国会議員の立法行為が国家賠償法1条1項の適用において違法となる場合もあるとして、原告に対する国家賠償を認容した。

「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁は、以上と異なる趣旨をいうものではない。」（最高裁判所大法廷平成17年9月14日民集59巻7号2087頁）

なお、この平成17年判決は、再婚禁止期間に関する最高裁大法廷平成27年12月16日判決（平成25年（オ）第1079号同27年12月16日最高裁大法廷判決・民集69巻8号2427頁、判例時報2284号20頁 以下では「平成27年判決」という。）においても援用され、立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受ける場合について、以下の判断が示されている。

「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上違法の評価を受けることがある」

(3) 平成 17 年判決と昭和 60 年判決との関係について

この平成 27 年判決の判例評釈を執筆された加本牧子判事（元最高裁判所調査官）は、平成 17 年判決と昭和 60 年判決との関係について、以下の通り述べている。

「限定的な表現を用いた昭和 60 年判決の判示の『立法の内容が……』の部分、『国会があえて当該立法を行う』という表現からうかがわれるように、立法不作為ではなく、主に立法行為を念頭に置いて違法の度合いが極端な場合を例示したものとも考えられ、同判決が違法になる場合をその例示のような事案以外につき一切否定したものとは解されない。他方、平成 17 年判決は、昭和 60 年判決が異なる趣旨をいうものではない旨を明示しているほか、立法不作為等の違法性が立法の内容等の違憲性の問題とは区別されるべきであり、違法性が認められる場合が『例外的な場合』であるとする点において、昭和 60 年判決と同旨を述べており、具体的な当てはめについては当該事案の内容に鑑みた事例判断であると理解することができる。」（加本牧子「最高裁大法廷 時の判例」ジュリスト 1490 号 94 頁）

つまり、昭和 60 年判決は、違法になる場合をその例示のような事案以外につき一切否定したものとは解されないし、また、立法行

為等の違法性が立法の内容等の違憲性の問題とは区別されるべきであり、違法性が認められる場合が『例外的な場合』であるとする点を述べているにすぎないと理解すべきなのである。そして、具体的な当てはめについては当該事案の内容に鑑みた事例判断であるとする。

(4) ハンセン病訴訟熊本地裁判決の考慮要素について

事例判断という点で、参考になるものが、いわゆるハンセン病訴訟熊本地裁判決（熊本地裁平成13年5月11日判決・判例時報1748号30頁）である。以下の通り述べている。

「最高裁昭和60年11月21日判決（引用者注：昭和60年判決のこと）は、もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする。右判決は、その論拠として、議会制民主主義や多数決原理を挙げるが、新法の隔離規定は、少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとするものであり、その適否を多数決原理にゆだねることには、もともと少数者の人権保障を脅かしかねない危険性が内在されているのであって、右論拠は、本件に全く同じように妥当するとはいえない。」

「右判決の文言からも明らかなように、『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』ことは、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件とは解されない。右一連の最高裁判決が『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』との表現を用いたのも、立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきである

ことを強調しようとしたにすぎないものというべきである。」

「国会議員としても、このころに新法の隔離規定の適否を判断することは十分に可能であったこと、(中略)新法の隔離規定に合理性がないことが明らかであること、その他、(中略)事情等を考慮し、新法の隔離規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和40年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である。」

ハンセン病訴訟熊本地裁判決の上記判示部分は、昭和60年判決の「立法の内容が……」の部分为例示列举と捉え、「極めて特殊で例外的な場合」には、立法行為が国家賠償法上違法となり得ることを認めている点で、上述の加本牧子判事の見解と合致している。その上で、もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法とは異なり、少数者の人権保障を脅かしかねない立法については、国家賠償法の違法性を認める方向で検討していること、立法行為(立法不作為)により人権被害が重大であること、人権侵害をもたらす立法に合理性がないことが明らかであること、司法的救済の必要が高いなどといった考慮要素を検討した上で、「極めて特殊で例外的な場合」であるとして、国家賠償法上の違法性を認めている。本件の新安保法制法の立法行為の違法性もこうした要素を考慮の上、判断するべきである。

(5) 本件は国家賠償が認められるべき例外的な場合であること

本件の新安保法制法の立法行為は、明白な違憲立法の制定行為であり、平成17年判決の「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法

上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」や、平成27年判決の「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」場合に当たる。

すなわち、新安保法制法の制定行為は、歴代の日本政府の見解が違憲であるとしてきた集団的自衛権の行使や非戦闘地域以外における後方支援を認めるものであり、もともと憲法が国会の立法裁量を認めている性質のものではない。さらに、戦争被害者、原爆被害者、基地周辺住民等として特に、平和的生存権、人格権の重大な侵害を受けている少数者の人権被害を招いている立法行為である。

また、こうした人権侵害をもたらす新安保法制法が日本の安全保障政策に資するという合理性がないことも明らかである。さらに司法的救済の必要は極めて高い。

新安保法制法の制定過程において、内閣法制局による内部的事前統制がこれまでのように機能せず、多くの憲法学者、元内閣法制局長官、元最高裁長官までもが違憲と指摘する法律を採決の強行により制定してしまうことは、これまでまったく前例がなく前代未聞の事態であった。このように立法・行政等の政治部門（以下「政治部門」という。）による憲法的統制が機能しない今、司法的な救済の必要性は極めて高いといえる。

以上から、本件新安保法制法の国会議員による制定行為は、立法行為としては「極めて特殊で例外的な場合」にあたり、国家賠償法1条1項の適用上違法と評価されるべきものである。

(6) 立法不作為と立法行為（作為）の違法性の評価基準の違い

平成17年判決もハンセン病訴訟熊本地裁判決も、事案は立法不

作為に関する国家賠償請求であった。そのため、当該立法不作為が違法と評価されるためには、平成17年判決においても「国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る」ことが要求されている。これは、元来、どのような立法をどのような時期に行うかは、国会の立法裁量に委ねられているため、国会が必要な立法措置を講じないというだけで、安易に裁判所がこれに容喙することは、権力分立の観点から許されないと解されているからである。仮に、裁判所が、国会議員の立法不作為に対して法的責任を問うこととなれば、それは、裁判所が、個々の国会議員に対し、特定の内容の法律を特定の時期までに立法すべき義務を課すことに他ならず、これは憲法が採用する権力分立（憲法41条、65条、76条1項）に反すると評価される余地があるからである。

また、あくまでも裁判所は国会の一定の判断に対して、事後的に評価を加える機関である。そのため、国会が当該立法に関して何の判断もしていないにもかかわらず、裁判所がその不作為に対して一定の判断を言い渡すことは、事後審査を旨とする裁判所の役割を逸脱していると評価されるおそれもある。この点、「国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る」場合は、国会の「当該立法は行わない」という判断が既になされていると評価できるので、その判断に基づく立法不作為に対して、裁判所が判断を言い渡すことはなんら裁判所の事後審査制という性質に反するものではなく、許されることになる。

このように立法不作為に対して、裁判所がその立法過程を問題にして立法行為の違法性を判断することは、権力分立、裁判所の事後審査制への配慮という観点から慎重にならざるをえない。したがって、立法不作為について違法の評価を受ける場合の要件は、作為に

比べて、より厳格なものが要求されることになる。

他方、立法不作為ではなく、作為による立法行為である場合には、こうした配慮は不要であり、純粹に立法内容が憲法の規定に違反するものであることが明白かどうかを判断すればよいのである。

本件訴訟で問題になっているのは、国会の立法行為であって、立法不作為ではない。よって、違憲立法行為を国家賠償法上の違法と評価することがあったとしても、これが権力分立、裁判所の事後審査制との関係で問題が生じることはない。

2 人権規範以外の憲法規範に違反する立法の制定行為の違法性

(1) 平成17年判決の射程

ここまでの検討は、新安保法制法の制定行為が平成17年判決でいう「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」にあたるが故に、国家賠償法上の違法行為にあたり、そこで生じた損害は国家賠償法によって救済されるべきであると論じたものである。すなわち、人権侵害を伴う違憲立法の立法不法行為による損害の救済の場面である。

原告らはまさに平和的生存権、人格権、憲法改正・決定権という人権が侵害されるような内容の違憲立法であることを主張している。すなわち人権規範に違反する立法は不法行為にあたるという主張である。

では、立法内容が「憲法上保障されている権利を違法に侵害する場合」(人権侵害を伴う場合)とは明確にいけない違憲立法行為の場合はどうなのであろうか。憲法に違反する内容の法律であっても人権規範以外の憲法規範に違反するのみであれば、国会議員は違憲の法律を制定することが許されてしまうのであろうか。そうした違憲

立法によって国民の「権利又は法律上保護される利益」(民法709条)が侵害されたときに、国家賠償法による違法とは評価されず、救済は得られないのであろうか。

昭和60年判決は立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別し、国会議員が違憲立法を行ったからといって当然にその立法行為が国家賠償法上の違法行為にあたるわけではないとした上で、例外的に、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」には国家賠償法上の違法の評価を受けるものとしている。

そして、この「容易に想定し難いような例外的な場合」をさらに人権侵害を伴う立法行為において具体化した規範が平成17年判決の規範である。すなわち立法行為に関していえば、「立法の内容が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」という判断枠組みである。

ここで重要なことは、この平成17年判決は、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合など」と判示しているものであるが、その判断枠組みは、①選挙権という人権の侵害を伴う立法行為に関するものであること、②文末に「など」とあるとおり、あくまでも昭和60年判決がいう「例外的な場合」のひとつの具体化にすぎない、ということである。すなわち、昭和60年判決がいう「例外的な場合」の一例として、人権を侵害する立法に関して具体化し

た規範ということができるのであり、これ以外の例外的な場合を否定したものと解することはできない。よって、立法行為が人権の侵害を伴うものであれば、その立法行為が国家賠償法上違法と評価されるか否かは、平成17年判決に従って、「国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」か否かの判断によることになる。あくまでも人権侵害を伴う立法内容であるが故に、「憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」という規範として具体化したのである。

これに対して、人権規範以外の憲法規範に違反した立法の場合はどうであろうか。こうした場合であっても、違憲の内容を持つ立法を制定することは、憲法尊重擁護義務（憲法99条）を負う国会議員としては許されないことのはずである。ただ、全国民に政治的責任を負うのが原則で、個別の個人に法的責任を負うのは、例外的な場合であるとされているにすぎない。とするならば、違憲の内容の法律を制定することは、その法律が明確には人権規範以外の憲法規範に違反するものであったとしても、その立法行為によって、国民の権利又は法的保護に値する利益が侵害されたのであれば、その立法行為は違法なのであり、国家賠償の必要があることは、人権規範違反の立法がなされた場合と何ら異なるものではない。仮に人権規範違反を伴うことが明確でない場合であっても、その立法が憲法規範に違反するものであることが、明白であり、昭和60年判決がいう「憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」の具体化といえるような場合には、やはり、そのような違憲の内容の立法行為は、国家賠償法上の違法と評価することが可能なのである。

(2) 立法行為の違法性を判断する枠組み

以上から、立法内容が人権規範違反のときには、「国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」という判断枠組み（平成17年判決）が機能し、立法内容が人権規範以外の憲法規範に違反するときには、それと同等に評価される「憲法の規定に違反するものであることが明白な場合」という判断枠組みによって判断することが可能といえる。いずれも国家賠償法上の違法といえるかの判断の枠組みである。このどちらであっても、こうした違憲の内容の立法行為によって、原告の「権利又は法律上保護される利益」（民法709条）が侵害されたのならば違法性が認められ、これによって生じた損害は、国家賠償として認められなければならないのである。

(3) 平成27年判決の判断枠組み

立法内容が、人権規範以外の憲法規範に違反するときには、「憲法の規定に違反するものであることが明白な場合」という判断枠組みが妥当すると述べたが、この考え方は平成27年判決との関係で認められるものであろうか。

平成27年判決は、以下のとおり判示する。

「仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。

もっとも、法律の規定が①憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして②憲法の規定に違反するものである

ことが明白であるにもかかわらず、③国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。」（番号及び下線は引用者による。）

まず、この判決の事案は、女性の再婚禁止期間を定める民法 7 3 3 条 1 項の規定が憲法 1 4 条 1 項及び 2 4 条 2 項に違反するにもかかわらずこれを改廃する立法措置をとらなかった立法不作為の違法を理由に国家賠償を求めたものである。すなわち、人権侵害を伴うものであり、かつ、立法不作為の事案である。そこで、この判決の判断枠組みは、上記下線部のとおり、3 つの要素から構成されている。①は人権侵害の事案であるための要件であり、③は立法不作為の事案であるための要件であるといえる。そこで人権侵害を伴わない立法行為（作為）の事案であれば、必要な要件は②のみと解することができる。すなわち、法律の規定が「憲法の規定に違反するものであることが明白である」場合には、国会議員の立法過程における行動が職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法行為は、国家賠償法 1 条 1 項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきなのである。したがって、立法内容が人権規範以外の憲法規範に違反するときに、法律の規定が「憲法の規定に違反するものであることが明白な場合」か否かという判断枠組みによって、国家賠償法上の違法といえるか否かを判断することは、平成 2 7 年判決に矛盾するものではなく、むしろその趣旨に適合するものといえる。

(4) 新安保法制法制定の場合

原告らは、本準備書面において、立法不法行為が行われた際の国家賠償法上の違法の判断枠組みに関して(2)で述べた判断枠組みを主張するものである。そして、今回の新安保法制法が、①「国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」にあたること、②仮に権利を侵害するといえなくとも、「憲法の規定に違反するものであることが明白な場合」にあたることを主張する。

原告らは本件訴訟において、平和的生存権、人格権という権利ないし法的利益の侵害を主張している。これらの権利侵害の程度は、侵害行為の違法性に依存することでもあるので（相関関係論）、①の「憲法上保障されている権利の侵害が明白か」を判断するためには、新安保法制法の内容がいかに重大な憲法違反（憲法9条違反）を含んでいるかを検証しなければならない。よって、この①の主張と②「憲法の規定に違反するものであることが明白な場合」にあたることの主張は密接に関連するものである。

さらに、新安保法制の制定過程がこれまでの政府解釈によって定着した憲法規範を無視したものであり、憲法が保障する平和主義のみならず立憲主義という根源的な価値を侵害することが明白であるから、侵害行為の違法性が極めて強く、よってこの点からも「憲法上保障されている権利の侵害が明白」といえるのである。

3 改めて昭和60年判決の判断枠組みの意味

(1) 職務行為基準説の意味

ここで改めて、昭和60年判決がいうところの、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず

わらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、」という判断枠組みの意味について検討してみたい。

これまでの判例は、具体的な公権力の行使について国家賠償法 1 条 1 項にいう違法性があったか否かは、当該公権力の行使について、公権力の主体がその行使に際して遵守すべき行為規範又は職務義務に違反したか否かという基準によって判断され、このような義務に違反した場合に限って、当該公権力の行使に国家賠償法 1 条 1 項にいう違法性があると解すべきとする立場（いわゆる職務行為基準説）に立ってきたと思われる。平成 27 年判決においても、この考え方が維持されている。

この基準を肯定した上で、国会議員による新安保法制法の立法行為が、国家賠償法 1 条 1 項の違法と判断されるか否かは、各国会議員の新安保法制法の立法過程における行動が遵守すべき行為規範又は原告らに対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかによることになる。この点、一般的な立法行為が、当該法律の立法裁量の範囲の当不当の疑義によって、国会議員の職務義務違反と認定されることは極めて限られるであろう。しかし、個々の国会議員が憲法を尊重し擁護すべき義務を負っている以上（憲法 99 条）、こと憲法に違反する内容の法律の制定行為は、遵守すべき行為規範又は国民に対して負う明確な職務義務違反と考えざるを得ない。国会議員が立法行為を行う際に、最も重視すべき行為規範は憲法であり、憲法に違反するような内容の立法の制定行為は、原告を含むところの主権者国民から憲法によって授權されている権限ではないからである。

ただ、多くの法律は仮に事後的に違憲の疑義が生じ、事後的に裁

判所によって違憲判断がなされたとしても（すなわち、違憲の内容の法律制定という、法が許さない結果を発生させたとしても）、立法時点においては、当該立法の違憲性が明白とはいえない場合が多く、そうした事後的な立法内容の違憲判断によって、国会議員の立法行為が直ちに国家議員としての職務義務違反を招来するわけではない。このために、立法内容の違憲性の問題と国家賠償法上の違法性の問題とを区別しなければならないのである。そのことを平成27年判決も、「仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。」と指摘しているのである。

しかし、立法過程において、既に重大な違憲の疑義が生じている場合は、別である。国会議員としては、立法過程で既に生じた違憲の疑いを払拭するべく審議を重ね、少なくとも国民の多くが違憲の疑いを持たない程度には法案の修正などによって対応すべき職務義務があるといえる。審議を通じて、立法事実を丁寧に検証し、当該立法の必要性、相当性を十分に検討することで、国会議員として国民の疑問に誠実に応えることは、国会議員が遵守すべき行為規範といえる。昭和60年判決がいうところの「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき」という表現も、立法過程において既に憲法違反であることが明白であるにもかかわらず、国会があえて立法を行ったというごとき、明白な憲法尊重擁護義務違反の場合を指しているものである。そして、それはこの判例もいうとおり「容易に想定し難いような例外的な場合」である。通常、国会は違憲の疑義が生じたならば、十分に審議をし、そうした違憲の疑義を払拭して

から立法するものだからである。

前述のとおり、平成 27 年判決が、「憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず」と、憲法違反であることの明白性を要求しているのも同様の趣旨といえる。

(2) 新安保法制法の場合

今回の新安保法制法の制定過程はどうであろうか。すでに準備書面（４）において詳述したように、憲法尊重擁護義務を負う国会議員として、国民に誠実な態度で立法行為を行ったとはとてもいえないものであった。

これまで歴代政府は、日本は個別的自衛権を行使することはできるが、集団的自衛権は行使できないという立場を終始一貫してとってきており、歴代の総理大臣も内閣法制局長官もその旨国会で明らかにし、政府答弁書等においても繰り返し表明されてきた。これは、まさしく憲法 9 条 2 項の交戦権否認、戦力不保持規定という一義的文言によって、解釈上、集団的自衛権の行使は認められないとされてきたからに他ならない。今回の政府の集団的自衛権の行使を容認する閣議決定や、新安保法制法案の提出、国会における採決の強行は、これに全く反したものであった。しかも、元最高裁長官をはじめとして歴代法制局長官、元裁判官、日弁連、憲法学者などの司法関係者のほとんどが、これら政府、国会の行為が違憲である、立憲主義に反すると反対していた。にもかかわらず、国民が納得するような立法事実を提示しての十分な審議もなされず、新安保法制法を強引に成立させた行為は、明らかに国会議員として遵守すべき行為規範に違反し、憲法尊重擁護義務を負う国会議員の職務義務違反であるといわざるをえない。これらは、内閣構成員である国務大臣の国

会答弁などの行為にも該当するものである。

また、既に準備書面（４）にて詳述した内閣法制局による集団的自衛権行使容認の憲法解釈変更の経緯からも、新安保法制制定の違憲性が極めて高いものであることは裏付けられる。すなわち、政府は、従来より、アメリカとの軍事的一体化のため集団的自衛権行使を可能とすべく、憲法９条改正を目指していたところ、国民の大多数が憲法９条改正に反対している状況から、憲法９条の改正を容易にするために、憲法９６条の先行改正を企図した。しかし、憲法９６条の先行改正は、立憲主義・民主主義に反するとして大多数の反対により頓挫したため、第２次安倍内閣は、憲法改正を要しない方策として、２０１３年８月に内閣法制局長官を突如更迭し、当時フランス大使であった小松一郎氏（以下「小松氏」という。）を選任し、集団的自衛権を合憲とする憲法９条の解釈変更をしたものである。補足すると、当該人事は、官邸主導であったことはもとより、内閣法制局長官の人事は内閣法制次長を昇格させるのが慣例であるにもかかわらず、小松氏は法制局での勤務経験がなかったという点においても異常なものであった。他方で、小松氏は、第１次安倍内閣が設置した有識者会議「安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会」において、憲法９条の解釈変更を求める報告書を取りまとめるにあたっての実務に携わっていた者であり、当該人事は、当初から憲法９条解釈変更の結論ありきの人事であった。

このように、第２次安倍内閣は、集団的自衛権の行使は違憲であることを十分に認識していたため憲法９６条１項の先行改正を企図していたものであるところ、これが頓挫するやいなや、閣法制局への人事介入すし、従来の政府解釈を完全に否定し、かつ、圧倒的多数の違憲論を無視し、明らかに憲法９条に反する解釈変更をした

ものである。これらは、憲法 9 条・憲法 96 条 1 項を意図的に潜脱し、行為立憲主義を否定するとともに、主権者である国民の声を無視し、民主主義にも反するのと言わざるを得ないものである。

4 憲法適合性の判断順序について

(1) 法規の憲法適合性を先に判断すべきこと

原告は国家賠償法による損害賠償を求めているものであるが、これが認められるためには、これまで述べてきたように、新安保法制法が「国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」か、もしくは「憲法の規定に違反するものであることが明白な場合」にあたるため、その制定行為が国会議員の職務上の法的義務に違反したものであるとして国家賠償法上の違法といえることが必要である。

こうした判断枠組みを使って原告の請求に理由があるか否かを判断するためには、どうしても新安保法制法が原告の主張する人権を侵害することが明白か、もしくは憲法の規定に違反することが明白かを判断しなければならない。平成 27 年判決（再婚禁止期間違憲判決）も、同日に出された夫婦同姓規定合憲判決（平成 26 年（オ）第 1023 号、民集 69 卷 8 号 2586 頁、判例時報 2284 号 38 頁）も、民法の規定が憲法 24 条などに違反するか否かの判断を行い、その後に国家賠償法上の違法の評価を受けるか否かを判断している。

(2) 平成 27 年夫婦同姓規定合憲判決

まず、平成 27 年夫婦同姓規定合憲判決では、法廷意見は夫婦同姓に関する民法 750 条が憲法 13 条、14 条 1 項、24 条に違反

するかどうかを検討した後に、いずれにも違反しないとした上で、結論部分において、「本件規定を改廃する立法措置をとらない立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の適用上違法の評価を受けるものではない。」として原告らの請求を棄却している。

岡部喜代子裁判官、櫻井龍子裁判官、鬼丸かおる裁判官の意見は、本件規定は制定当時においては憲法 24 条に適合するものであったが、現時点においては、憲法 24 条に違反するものといわざるを得ないとした上で、「婚姻及び家族に関する事項については、その具体的な制度の構築が第一次的には国会の合理的な立法裁量に委ねられる事柄であることに照らせば、本件規定について違憲の問題が生ずるとの司法判断がされてこなかった状況の下において、本件規定が憲法 24 条に違反することが明白であるということは困難である。」として、違憲ではあるが、違憲性が明白ではないので国家賠償法上の違法の評価を受けるものではないとして、原告の請求を棄却している。ここでは、法令の違憲性の判断と違憲が明白かの判断を区別しているのである。同様に木内道祥裁判官も、本件規定は憲法 24 条に違反するが、憲法の規定に違反することが明白であるとはいえないとしている。

山浦善樹裁判官の反対意見は、憲法 24 条に違反し、かつ憲法違反であることが明白であるとして国家賠償法上の違法の評価を受けるものとして原告の請求を認容している。

このようにすべての裁判官が、本件規定が憲法の規定に違反するか否かの判断を行い、その上で、国家賠償法上の違法といえるかの判断を行っているのである。

(3) 平成27年再婚禁止期間違憲判決

平成27年再婚禁止期間違憲判決における判断順序はどうであろうか。法廷意見は、民法733条1項の100日超過部分が憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反すると指摘した後、前述した国家賠償法上の違法の評価を受けるための判断枠組みを提示し、あてはめを行っている。そして、「以上によれば、上記当時においては本件規定のうち100日超過部分が憲法に違反するものとなっていたものの、これを国家賠償法1条1項の適用の観点からみた場合には、憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反することが明白であるにもかかわらず国会が正当な理由なく長期にわたって改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない。したがって、本件立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないというべきである。」として請求を棄却している。

山浦善樹裁判官の反対意見は、本件規定の全部が憲法14条1項及び憲法24条2項にも違反し、かつ国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるべきものとする。

なお、千葉勝美裁判官は補足意見において、国家賠償法上の違法性の有無についての判断の枠組みに関して次のように興味深い指摘をしている。「本件は、平成17年判決中の前段部分の違憲の立法の改正を怠るという立法不作為の違法性に関する事件ではあるが、多数意見で示された一般論は、その判示内容からして、前段の場合に限らず、後段の場合をも含め、国会議員の職務行為である立法的対応がどのような場合に国家賠償法上違法になるのかについての全体的な判断の枠組みを示したものと解することができる。」

「いずれにせよ、私の理解としては、平成１７年判決の判示する判断基準は、このような点も踏まえて、前段部分及び後段部分を含め、今回整理し直されたものということになる。今後は、この点の判断基準は、本件の多数意見の示すところによることとなろう。」

(4) 原告の損害との関係

当該立法が、憲法の規定に違反するか否かという憲法適合性の判断と原告の損害の有無の判断の順序に関してはどうか。平成１７年判決では、まず、「第２ 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について」という項目のもと、平成１０年「改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法１５条１項及び３項、４３条１項並びに４４条ただし書に違反するものであったというべきである。」と法規の違憲性を判断し、その後に「第４ 国家賠償請求について」として、前述の立法不法行為に関する判断枠組みを提示した上で本件事案におけるあてはめを行っている。そして、最後に原告らの「被った精神的損害の程度について検討する。」として各人に対し慰謝料５，０００円の支払いを命じている。このように法規の憲法適合性の判断を先行させている。

平成２７年夫婦同姓規定合憲判決では、まず、民法７５０条の規定が、順次、憲法１３条、憲法１４条１項、憲法２４条に違反するものではないという憲法適合性に関する判断をした後に、「第６結論」として立法不法行為に関する判断枠組みを提示することもなく、請求を棄却している。損害の有無についてはまったく触れていない。ここでも法規の憲法適合性の判断を先行させている。

平成２７年再婚禁止期間違憲判決でも、前述のとおり、まず、民

法 7 3 3 条 1 項の規定の憲法適合性を判断した上で、当該立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無についての判断枠組みを提示してあてはめをした上で、国家賠償法上の違法の評価を受けるものではないとして請求を棄却しており、原告の損害については一切検討していない。ここでも法規の憲法適合性の判断を先行させている。

この訴訟の第 1 審判決（（岡山地裁平成 2 4 年 1 0 月 1 8 日）・民集 6 9 卷 8 号 2 5 7 5 頁）は、必ずしも明快な憲法適合性の判断をしないまま、「本件立法不作為について、国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合などに当たるということはできないから、本件立法不作為は、国家賠償法 1 条 1 項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである。」として原告の請求を棄却している。明確な憲法適合性判断を先行させた最高裁とは対象的である。

(5) 裁判所の職責

ア 加本牧子判事（元最高裁判所調査官）解説

平成 2 7 年判決の判例評釈を執筆された加本牧子判事は、下記のように憲法判断の必要性について興味深い解説している。

「ところで、第 1 審、原審は、本件規定の憲法適合性につき正面から判断をするまでもなく、本件立法不作為の国家賠償法上の違法性が否定されるとしたものと解される。これに対し、本判決が、国家賠償請求については棄却すべきものとしつつ、あえて本件規定の憲法適合性について判断をしたことについては、国家賠償責任が否定される場合に前提問題として憲法判断を行うか回避するかについて、論理的には、憲法適合性に関する判断が違法性の有無の判断に先行すると考えられるところ、合憲又は違憲の

判断を明示的に示す必要性が当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮した個々の事案ごとの裁判所の裁量に委ねられているという立場に立ったものと解されよう。特に、憲法判断を責務とする最高裁の判決においては、憲法適合性につき各裁判官に多様な意見があり得る事件等について、仮に立法府にとって違憲であることが明白でないことを理由に国家賠償請求を棄却すべきものとする場合であっても、憲法判断についての各裁判官の意見を明示的に示すために上記の必要性が認められることがあるものと考えられる」（ジュリスト1490号95頁）。

上記解説では、「憲法判断を責務とする最高裁の判決においては」と、あたかも最高裁だけが憲法判断をすることを責務とするかのごとくに表現されているが、いうまでもなく、憲法81条の解釈としてこれは正しくない。下級裁判所も含めてすべての裁判所には、違憲審査権が与えられ、法規の憲法適合性を的確に判断し、憲法秩序を維持する役割が求められているのである。

また、最高裁判所裁判官は国民審査（憲法79条2項）によって個別にその適格性の審査を受けるために、各裁判官の憲法判断に関する意見を国民に知らせるために、憲法適合性の判断を明確に示す必要性が高いという点については、加本判事の指摘のとおりであろう。

だが、最高裁判所裁判官のように個人の意見を開示する必要はなくとも、裁判所としての憲法判断を明確に示す必要性が極めて高い場合は存在する。政治部門によって違憲の既成事実が積み重ねられようとしているときに、裁判所がそのよう重大な違憲状態に対して口をつぐんでしまったのでは、これを是正する道が失われてしまう。

たとえ下級審裁判所であっても、公権的解釈権を持つ国家機関が政治部門とは異なる憲法判断を示すことは、権力分立の観点から極めて重要な意味を持つ。政治部門による合憲という公権的判断しか存在しないところに、裁判所の違憲判断が出ることによって、政治部門に対する重要な抑止力になるからである。

憲法は、政治部門の暴走に歯止めをかけ、権力分立によって憲法秩序を維持するために、裁判所に違憲審査権を付与したのである。これが法の支配を徹底させるために裁判所に違憲審査権を付与した意味である。決して政治部門の違憲な国家行為を追認し、憲法秩序を破壊することに加担させるためではない。

政治部門によって重大な憲法違反が行われたときに、司法がその謙抑性を理由に、当該問題は政治部門で解決すべき問題であるとして憲法判断を避けることは、裁判所としての職責を放棄したことになるのであり、許されることではない。

仮に、仮に立法府にとって違憲であることが明白でないことを理由に国家賠償請求を棄却すべきものとする場合であっても、裁判所の憲法判断を明示的に示すことは、この国の立憲主義を堅持する上で極めて重要なすべての裁判所の職責である。

イ 裁判所という資源の活用

本件訴訟においては、裁判所という貴重な国家の資源を使って、裁判を進めていくことになる。国民の税金を使い、貴重な裁判所の時間と労力をこの裁判に費やす以上は、この裁判が日本の国家と国民・市民にとって意味のあるものにしなければならない。裁判所の判断内容が原告のみならず、多くの国民・市民も納得できるようなものになってこそ、判決に権威が認められ、司法に対する国民の信頼が維持されるのである。そのためには、重要な

争点について、当事者双方が真剣に向き合い全力で議論を戦わせることが必要である。当事者間の攻防を通じて有用な情報が裁判所に提出されるからこそ、より真理に近づくことができるからである。重要な争点に関しては、こうした当事者対立形式の下で審理が進められるべきであり、公開の法廷で弁論を戦わせる対審構造で審理を進めるからこそ、政治部門とは異なる司法部門としての裁判所の独自の存在意義が認められるのである。

特に、この新安保法制法の制定過程においては、その憲法適合性について十分な議論が尽くされず、国民の多くも十分な理解が進まぬままに採決が強行されてしまった経緯がある。司法の場で、法律専門家によって議論を戦わせ、憲法解釈上の疑義を払拭することこそが、司法に求められており、裁判所のみならず、裁判所という貴重な資源を利用する原告、被告に求められる基本的な姿勢であると考ええる。

ウ 裁判所の職責に関して

仮に被告が憲法問題を争点にする意思がない場合であっても、裁判所には新安保法制法の違憲性について積極的に判断をする職責がある。

国民は、政治過程を通じて政治的意思決定を行う。しかし、ここでは情報の偏在や操作により、またムード、雰囲気流されてしまい、ときに目先の利益に目を奪われて、国民も代表者も正しい判断ができないことがある。だからこそ、多数意思によって生じる過ちを、あえて非民主的といわれるような司法によって是正する道を憲法は明確に規定した。これこそ違憲審査権の存在意義である。

安全保障政策は特にその高度の専門性ゆえに、国民にとってそ

の当否の判断が困難な部類の問題のひとつである。情報も軍事機密にかかわるものであるが故に十分に国民に公開されない。また、日本を取り巻く安全保障環境の変化というあいまいな言説の下に、国民はいたずらに不安を煽られ、正しい判断ができない危険性も多分に存する。

他方で、安全保障政策における判断の誤りは国民の生命、財産に甚大な損害を与え、取り返しのつかない結果を招来することになる。だからこそ、憲法は、こうした国家の安全保障政策に対して、憲法9条、前文の平和的生存権などの規定によって、多数派による政治的決定に歯止めをかけ、制限を加えたのである。言うまでもないことであるが、この国の安全保障政策もそれがどれだけ政治家、官僚が正しいことだと確信したものであっても、また仮に多数の国民の支持を得たものであったとしても、憲法の制限の枠の中で実現しなければならない。これは立憲主義国家の最低限のルールである。

安全保障政策に関する国民の意思は多様である。具体的な安全保障政策の実現や外交交渉の内容などは政治部門の判断に委ねられているとしても、内閣、国会が最低限遵守しなければならない大きな枠組みは憲法によって規定されている。政策の当不当の判断ではなく、こうした大きな枠組みを逸脱した立法か否かの判断こそは司法の役割である。本件訴訟は、新安保法制法の安全保障政策上の当否の判断を裁判所に求めているのではない。あくまでも、新安保法制法が、憲法が許容している枠組みを逸脱しているか否かの判断を求めているだけである。にもかかわらず、この問題を政治の場で解決すべき問題であるとして、政治部門に判断をゆだねて憲法判断を避けることは許されない。ここで司法が、

政治部門の行為が憲法の枠組みを逸脱しているか否かの判断をすることすら放棄してしまったのでは、司法権は単に政治部門に追従するだけの権力に成り下がり、権力分立が機能しなくなってしまう。繰り返し主張するが、これでは、憲法が裁判所に違憲審査権を付与した意味がまったく失われてしまうことになる。

日本国憲法は戦前の大日本帝国憲法と異なり、司法権の独立を保障した上で裁判所に違憲審査権を付与して、徹底した法の支配を採用した。安全保障政策に関する事柄であるというだけで、司法権が違憲審査権を行使しないのであれば、それは戦前の裁判所と同じく単なる行政機関の下請けの地位に甘んじることになってしまうであろう。

裁判所は政治部門の判断を追認するために存在するのではない。主権者国民が政治部門に委ねた憲法の枠組みに沿った国家運営がなされているのか否かを厳格に監視するためにその存在が認められているのである。裁判所が、今回の新安保法制法の違憲性についての判断を避け、自らその存在意義を否定するようなことがあってはならない。

よって、たとえ被告が争点として反論をしてこなかったとしても、裁判所としては、新安保法制法の違憲性について、原告の主張を受け止め、十分な審理を尽くして、憲法が裁判所に課した職責を全うすべきである。そしてこれは憲法制定権者たる国民が裁判所に託した役割なのであり、裁判官にはこれに応じる憲法尊重擁護義務（99条）があるのである。